Eduardo C. B. Bittar

Livre-Docente e Doutor. Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)

A JUSTIÇA EM ARISTÓTELES

3ª EDIÇÃO
Revista e Ampliada

FORENSE UNIVERSITÁRIA

4. Os muitos sentidos da justiça

O termo justiça é ambíguo, prestando-se a inúmeros usos para casos, situações e estados semelhantes, aproximados, porém não idênticos. Sua ambivalência faz dele um termo próprio para a expressão de semânticas diversas a partir de um único significante. No entanto, a homonímia aqui não está a obstar a investigação da plurivocidade, pois o que ocorre com as disposições (*éxis*), quais as da justiça e a da injustiça, não ocorre com as ciências (*epistéme*) ou com as potências (*dýnamis*).[51] De fato, as disposições que produzem um efeito e as que produzem efeito contrário não são coincidentes, mas a ciência que investiga acerca dos contrários é a mesma. Se o contrário se conhece e se identifica a partir de seu contrário,[52] é possível que, mesmo que as noções envolvidas num conceito sejam muito próximas das do outro, seu contrário, qual ocorre com a distinção entre *dikaiosýne* e *adikía*, os sentidos sejam reciprocamente identificados e precisados. Compreenda-se, pois, em quantos sentidos se diz o homem injusto (*ádikos*), para que se compreenda em quantos sentidos se diz o homem justo (*díkos*). O homem injusto é ora aquele que não respeita a igualdade (*ánisos*), ora aquele que não respeita a lei (*paránomos*), ora aquele que toma em excesso aquilo que é bom em sentido absoluto e relativo (*pleonéktes*).[53]

Após reconhecer a ambigüidade do vocábulo justiça,[54] termo que comporta múltiplos sentidos, Aristóteles inicia o exame da primeira noção conceptual do termo: a justiça total (δίκαιον νομμόν).

4.1. O justo total

A justiça total consiste na observância da lei (νόμος),[55] no respeito àquilo que é legítimo e que vige para o bem de todos

fundamental de la justicia no por eso será justo, sucediendo otro tanto en cuanto a las demás" (*Gran Ética* (MM), livro I, cap. I, p. 13).

51. *Eth. Nic.*, 1129 a, 11/16.
52. *Eth. Nic.*, 1129 a, 23/26.
53. *Eth. Nic.*, 1129 a, 31/34.
54. ἔοικε δὲ πλεονακτος λέγεσται ἡ δικαιοσύνη καὶ ἡ ἀδικία... (*Eth. Nic.*, 1129 a, 26/27).
55. Νόμος é um termo grego de abrangência bem ampla se comparado com o significado estrito da lei como norma jurídica escrita; assim, o costume, a convenção social, a tradição, são todas acepções não só cabíveis como usuais e pertinentes ao conceito de νόμος entre os gregos. Nesse sentido: "*Le*

(κοινονία). Nessa perspectiva, tudo o que é legítimo é justo, e o homem justo (*díkos*) é aquele sujeito que pratica atos que não transgridem as regras convencionais, preservando, de uma maneira geral, a ordem que beneficia o todo em que está inserido. Se a *nómos* é uma prescrição de caráter genérico e a todos vincula, em vista de um fim é ela estatuída no seio da comunidade pelo legislador. Este fim há de ser um fim próprio à comunidade, e como tal, um fim comum. A ação que se vincula à legalidade obedece a uma norma que a todos e para o bem de todos é dirigida; como tal, esta ação deve corresponder a um justo legal, e a forma de justiça que lhe é por conseqüência é a justiça legal. O mesmo, *a contrario sensu*, a respeito do injusto que lhe corresponde.

O papel relevante aqui desempenhado pelo legislador é, pois, determinante do comportamento dos cidadãos que à legislação vigente se vinculam. Nesse sentido, a função do legislador é diretiva da comunidade política, sendo sua atividade comparável àquela do artesão.[56] O legislador, ao operar no sentido da construção do espaço normativo da *pólis*, nada mais está a fazer senão exercendo a prudência (*phrónesis*) legislativa;[57] sabendo-se que Aristóteles distingue entre as várias espécies de prudência existentes (*phrónesis, oikonomía, politiké, bouleutiké, dikastiké*),[58] esta afeta ao legislador recebe uma nomenclatura específica, e é chamada *nomothesía*. Sendo que o legislador age tendo em vista o melhor para a comunidade, o fim das leis deve necessariamente ser o Bem Comum.[59]

Esse tipo de justiça é o gênero, o sentido mais amplo que se pode atribuir ao termo. A justiça total é também chamada de justiça universal ou integral, e tal se deve ao fato de ser a abran-

mot désigne primitivement l'usage, la tradition, la manière de faire que primitivement s'impose impérativement à tous les hommes – ou au moins aux Grecs – parfois même aux dieux – comme une obligation de nature supérieure. Il désigne ensuite, par opposition à la thémis orale, la loi écrite dont la publication assure à tous égale justice, réalisant la synthèse de la force et du droit" (Schuhl, *Essai sur la formation de la pensée grecque*, 1934, ps. 356/357). Para maiores referências a respeito do termo no seio da teoria aristotélica, ao lado de outros correlatos (*nómos/nomikós/nómimos/nómima*), *vide* H. Bonitz, *Index aristotelicus*, 1955, ps. 488/489.

56. μόνοι γὰρ πράττουσιν οὗτοι ὥσπερ οἱ χειροτέχναι (*Eth. Nic.*, 1141 b, 29).

57. τῆς δὲ περὶ πόλιν ἡ μὲν ὡς ἀρχιτεκτονικὴ φρόνεσις νομοθετική (*Eth. Nic.*, 1141 b, 24/25).

58. A distinção aparece em *Eth. Nic.*, 1141 b, 31/33.

59. ὥστε ἕνα μὲν τρόπον δίκαια λέγομεν τὰ ποιητικὰ καὶ τῶν μορίων αὐτῆς τῆς πολιτικῆς κοινωνίας (*Eth. Nic.*, 1129 b, 14/19).

gência de sua aplicação a mais extensa possível.[60] Pode-se mesmo afirmar que toda virtude, naquilo que concerne ao outro, pode ser entendida como justiça, e é neste sentido que se denomina justiça total ou universal. De fato, pode-se entendê-la como sendo a virtude completa ou perfeita (*areté téleia*) em relação ao semelhante, e não em absoluto,[61] pois se a lei que versa sobre as mais diversas matérias e que prescreve a prática das inúmeras virtudes exercitáveis no convívio social (temperança, magnificência...)[62] é regularmente observada, por conseqüência tem-se que nenhum prejuízo a outrem se efetuará pelo homem que pratica atos de justiça. Assim, o membro da sociedade relaciona-se indiretamente, através de suas atitudes comissivas no realizar das virtudes e omissivas diante dos vícios, com todos os que compartilham do modo de vida político, tendo os resultados de suas ações efeitos sobre todos. Esta é conseqüência direta da esfera individual sobre a coletiva, dado que ambas estão intrinsecamente imbricadas.

O justo total é a observância do que aparece consignado no corpo legislativo como regra social de caráter vinculativo. O hábito humano de conformar as ações ao conteúdo da lei é a própria realização da justiça nessa acepção; justiça e legalidade são uma e a mesma coisa. Sem embargo de uma objetividade inerente ao conceito, ressaltam-se os efeitos altruístas da prática de atos justos, de acordo com a virtude total.

A noção de alteridade,[63] para a conformação do *díkaion nomimón*, parece ser essencial. Não só é essencial, como também a afetação da alteridade por meio da prática desta forma de justiça se dá de duas formas, uma omissiva, outra comissiva. Explique-se. Ao se violarem as leis está-se a atingir não só este ou aquele de seus membros especificamente, mas todos de uma só vez, visto que a lei é a garantia e a sustentação do corpo social não em partes, e sim

60. "*La justice conçue comme observance de la loi apparaît comme une vertu complète, totale, somme de toutes les autres vertus. En effet, la loi commande à la fois la bravoure, la modération, la douceur, etc.*" (Moraux, *op. cit.*, p. 113).

61. αὕτη μὲν οὖν ἡ δικαιοσύνη ἀρετὴ μέν ἐστι τελεία, ἀλλ' οὐχ ἁπλῶς ἀλλὰ πρὸς ἕτερον (*Eth. Nic.*, 1129 b, 25/27).

62. A respeito da sacralidade das leis, do papel refinado do legislador, da influência das mesmas no comportamento humano social, já Pitágoras fora exemplo ao dar leis aos povos que visitou durante suas viagens: "*A esse diede le leggi serverdosi (dei codici) di Caronda di Catania e di Zaleuco di locri e fu grazie a lungo esempio di perfetto ordine interno e oggetto di ossequio da parte dei centri circostanti*" (Giamblico, *Vita pitagorica*, VII, 33).

63. Conforme aparece em *Eth. Nic.*, 1130 a, 4, onde se diz que esta modalidade de justo πρὸς ἕτερόν ἐστιν.

como um todo. Esta é a lesão pela comissão. Ao se abster da prática de qualquer violação à lei, está-se, omissivamente, praticando a justiça, nesta acepção do termo. Da mesma forma, se o ato comissivo se relacionar a uma conduta permitida em lei ou não proibida por esta, estar-se-á a praticar de maneira ativa a justiça, bem como se aquele a quem incumbe um dever qualquer legal deixar de executar-lhe o ato correspondente, omissivamente estará a realizar a injustiça nos exatos limites da acepção ora em apreço. A afetação, portanto, da alteridade faz-se em acordo ou em desacordo com a lei, de maneira que o justo ou o injusto são provocados pelas atitudes omissiva ou comissiva frente às prescrições ditadas pelo legislador. Seja por ação, seja por omissão, a violação da lei em si, com ou sem a provocação de uma lesão direta a este ou àquele indivíduo, indiretamente, representa a afetação da comunidade em função da qual as leis são destinadas.

Neste ponto, Aristóteles retoma o tema que formou uma ampla tradição literária desde o século VI a.C.,[64] ou seja, a intelecção da justiça como a maior das virtudes, ressaltando-se o caráter de sociabilidade inerente à mesma. Eurípedes[65] e Platão são exemplos na história grega de personagens que adotaram o termo nesta mesma acepção genérica, valor imprescindível para a formação de uma cultura cívica. Também na filosofia pitagórica aparece o mesmo conceito, com seus matizes religiosos e míticos.[66]

Esse é o tipo próprio de justiça aplicável à vida política, organização de acordo com os ditames emanados do poder legislativo de que estava investida a cidade em uma de suas funções.[67]

Mais ainda. Esta justiça, segundo a qual se dispõem as ações humanas de acordo com a legalidade, não é parte da virtude

64. *Eth. Nic.*, 1130 a, 4/9.

65. *Eth. Nic.*, 1129 b, 25.

66. *"Perché gli uomini, consapevoli che in ogni luogo c'è bisogno della giustizia, favoleggiano che come accanto a Zeus sta Themis e accanto a Plutone sta Dike, così lo stesso posto occupa la legge nella città, affinchè chi non compie il suo dovere secondo giustizia risulti immediatamente ingiusto nei confronti dell'ordinamento universale"* (Giamblico, *Vita pitagorica*, VIII, 46).
"In più, Pitagora istituì un altro nobilissimo genere di giustizia: quella normativa (tò nomothétikón), *la quale prescrive cosa bisogna fare e proibisce ciò che è illecito. Essa è dunque superiore a quella giudiziaria* (toû dikastoû), *perché questa è paragonabile alla medicina, e cura i malati laddove quella impedisce sin dal principio di ammalarsi e provede per tempo alla salute dell'anima"* (Giamblico, *Vita pitagorica*, XXX, 172).

67. *"La justice pourra être considérée comme la vertu complète, parfaite, non que toute vertu, prise en soi, rentre dans la justice, mais toute vertu, en tant qu'elle a du rapport avec autrui, est à ce titre, justice"* (Ollé-Laprune, *op. cit.*, p. 29).

(μέρος ἀρετή), porém a virtude completa (ὅλη ἀρετή). Em um certo sentido, confunde-se até com o próprio sentido da virtude integral. Em essência, porém, diferem a justiça total (*dikaion nomimón*) da virtude total (*dikaiosyne*). Esta é um bem alótrio (*oti prôs éterón estin*), porém apenas uma disposição de espírito, enquanto aquela envolve não somente o *animus* subjetivo humano, mas, também, e sobretudo, os importes relacionais para com o outro, ou seja, a alteridade.[68]

Na produção de efeitos em meio ao convívio social, justiça e virtude são idênticas, uma vez que o conteúdo de toda legislação é o agir num sentido que corresponde à conduta que representa o meio termo (não matar, não furtar, não ferir, não lesar, não injuriar são aplicações de um único princípio que é o *neminem laedere*). Não obstante serem materialmente coincidentes, uma distinção em essência deve ser feita: diz-se que um homem é justo ao agir na legalidade; diz-se que um homem é virtuoso quando por disposição de caráter orienta-se segundo estes mesmos vetores, mesmo sem a necessária presença da lei ou conhecimento da mesma.[69]

Por ser a mais completa das virtudes, esta forma de justiça é a mais difícil de ser exigida e, também, justamente por isto, a mais excelente de todas. Isto, pois, se muitos são capazes de praticar a justiça para consigo mesmos ou para com aquilo que lhes é pertinente, poucos são aqueles que o fazem nos importes relacionais, em função da alteridade. Aqui se encontra o diferencial entre a mais alta virtude e toda e qualquer outra forma de justiça particular.[70]

A contrario sensu do que foi estabelecido anteriormente, a injustiça legal toma o sentido de vício integral, tendo-se em vista os efeitos corruptivos da injustiça em âmbito social. A injustiça é a ilegalidade, descumprimento dos preceitos que garantem a ordem e a harmonia políticas.[71] Os efeitos da prática da injustiça, tomada nesta acepção, fazem-se sentir por todos os membros da sociedade, uma vez que é atingida não só a esfera individual como

68. *Eth. Nic.*, 1130 a, 9/13.

69. *Eth. Nic.*, 1130 a, 10.

70. *Eth. Nic.*, 1130 a, 5/8.

71. É curioso anotar que, de acordo com Heráclito, a injustiça desempenha um papel mais importante do que se possa imaginar, visto ser ela *conditio* para a busca e a descoberta da própria justiça. São suas palavras: *"S'il n'y avait pas d'injustice, on ignorerait jusqu'au nom de la justice"* (FRAG. 23, in J. Voilquin, *Les penseurs grecs avant Socrate: de Thalès de Milet à Prodicos*, ps. 55/63).

a coletiva, na busca da realização da felicidade social como um todo.[72]

4.2. *O justo particular*

O justo não se resume apenas a uma acepção, como já foi dito antes: não somente deve ele ser compreendido como algo que se relaciona com a legalidade, uma vez que comporta ainda um outro sentido menos extenso e menos abrangente que aquele anteriormente referido.[73]

Trata-se de outra semântica do termo, a saber, o justo particular (δίκαιον ισον). Este corresponde apenas a uma parte da virtude e não a ela em sua integralidade, como ocorre com o justo universal ou total (*díkaion nomimón*). De qualquer forma, no entanto, tanto o justo total como o justo particular se expressam no neutro (*tò díkaion*), o que corresponde a um absoluto na língua grega. Como tal, o justo particular, participando do gênero constituído pelo justo legal, apresenta a mesma característica básica, ou seja, a alteridade. No entanto, ao justo total aplica-se uma noção mais ampla de alteridade, uma vez que a ação do homem justo se dirige à comunidade como um todo.

A justiça particular refere-se ao outro singularmente no relacionamento direto entre as partes, diferença fundamental que permite se encontrem as fronteiras de aplicação terminológica entre a justiça em sua acepção particular e em sua acepção universal. Ressalte-se, ainda, que enquanto a espécie relaciona-se apenas com a conduta de um homem de bem, no gênero engloba-se a conduta que é dirigida para a aquisição de vantagens por parte daquele que obra injustamente, sejam honoríficas, sejam pecuniárias, sejam de segurança pessoal do agente, caso em que se constitui a injustiça legal.[74]

A relação necessária entre ambas é que tudo que é desigual (*ánisos*) é ilegal (*paránomon*), mas nem tudo que é ilegal (*paránomon*) é desigual (*ánisos*). O ilegal é o gênero e o desigual, a espécie.

72. αὕτη μὲν οὖν ἡ δικαιοσύνη οὐ μέρος ἀρετῆς ἀλλ' ὅλη ἀρετή ἐστιν, οὐδ ' ἡ ἐναντία ἀδικία μέρος κακίας ἀλλ' ὅλη κακία (*Eth. Nic.*, 1130 a, 9/11).

73. Para uma mais completa análise do quadro genérico das diversas espécies de justiça em Aristóteles e para o conhecimento da plurivocidade do termo, *vide* Moraux, *À la recherche de l'Aristote perdu: le dialogue 'Sur la justice'*, 1957, p. 119.

74. *Eth. Nic.*, 1130 a, 15/30; 1130 b, 5.

De fato, o justo particular é espécie do gênero justo total, pois quem comete um injusto particular não deixa de violar a lei, e, como tal, praticar um injusto no sentido mais genérico. Se aqui se particulariza ainda mais a acepção do termo justiça é porque se procede *per genus et differentiam* da mais ampla à mais estreita das significações.[75]

O justo particular, por sua vez, divide-se em justo distributivo (*díkaion dianemetikón*) e justo corretivo (*díkaion diorthótikon*). A primeira acepção do justo particular relaciona-se com todo tipo de distribuição levada a efeito na constituição, seja de dinheiro, seja de honras, de cargos, ou quaisquer outros bens passíveis de serem participados aos governados. Em suma, refere-se às repartições. A segunda acepção consiste no estabelecimento e aplicação de um juízo corretivo nas transações entre os indivíduos. Trata-se de uma justiça apta a produzir a reparação nas relações (*synallágmasi diorthótikon*).[76] Em síntese, está a presidir a igualdade nas trocas e demais relações bilaterais. Esta, no entanto, diferentemente do que ocorre com o justo distributivo, está a abranger ainda duas outras categorias diferenciais de justiça. Deve-se ter presente, pois, que o justo corretivo ainda biparte-se para abranger tanto as relações baseadas na *voluntariedade* do vínculo intersubjetivo (compra e venda, locação, mútuo, garantia, comodato, pagamento, depósito...), constituídas pelo elemento estrutural sinalagmático, tipo de justo que não recebe nome em especial em grego (1132 b, 31/1133 b, 28), como as relações estabelecidas *involuntariamente*, surgidas como conseqüência de uma clandestinidade ou de uma violência, que atingem uma ou ambas as partes (roubo, adultério, prostituição, falso testemunho, homicídio doloso, seqüestro, furto, difamação, injúria, lesão física...), esta acepção denominada *epanorthotikón* (1131 b, 32/1132 b, 20).

Que existem, pois, várias acepções do termo *díkaios*, e que há uma forma de justiça diversa daquela que corresponde à virtude total parece ter ficado esclarecido. Partindo-se para a análise daquilo que ainda não foi explorado, em primeiro lugar, deve-se investigar a respeito da primeira das acepções do justo particular e, após, que recaia a análise sobre as demais acepções que comportam o justo corretivo.

75. ...συνώνυμος ὅτι ὁ ὁρισμὸς ἐν τῷ αὐτῷ γένει (*Eth. Nic.*, 1130 a, 34/1130 b).

76. *Eth. Nic.*, 1131 a.

semelhantes para a apreciação de diversas matérias e orientam-se pela observância das mesmas regras de conduta;

– representa a unicidade de resposta aos problemas humanos, visto que, em lugar de indicar o pluralismo, como o faz o justo legal, indica o sentido do uno.

7. Eqüidade e justiça

Deve-se, agora, introduzir, no curso da investigação, a problemática relativa aos conceitos daquilo que se define como sendo a eqüidade (*epieíkeia*) e daquilo que é équo (*tò epieikès*). A imersão representará, ao final do processo de adequado levantamento dos problemas e de solução detida de cada qual individualmente, a possibilidade de se perceber e de se aquilatar quais são as relações existentes entre a eqüidade e a justiça (*epieíkeia prôs díkaiosýnen*) – se são diferentes, em que são diferentes, em que medida são diferentes, quais os seus aspectos, como atuam, em que momento podem e devem ser invocadas – e entre o équo e o justo (*tò d'epieikès prôs tò díkaion*) – se se equivalem, se são idênticos, mutuamente fungíveis, se possuem o mesmo campo de aplicação, se são atividades *ante* ou *post factum*.[172]

O problema se propõe não por amor à teoria, ou por necessidade de dialogia textual, mas porque o uso dos termos se aproxima tamanhamente que ora chamamos de équa uma situação de justiça, ora de justa uma situação équa. De fato, todos reconhecem que os termos não se equivalem perfeitamente, e, neste caso, o uso de um pelo outro conduz a equívocos notórios, de modo que, sendo semelhantes, porém não idênticos, devem ser distinguidos naquilo que lhes peculiariza. É no gênero (*éteron tô génei*) que se dizem aproximados os conceitos de ambos os termos. O uso, ainda mais, está a indicar a relativa e freqüente coincidência dos campos semânticos de ambos os significantes, pois, verdadeiramente, se são diversos, ou o justo não é bom, ou o équo não o é. Isto porque, metaforicamente (*metaphéromen*), costuma-se exaltar o équo e o homem dotado desta qualidade, fazendo-se do <<muito bom>> (*agathós*) um sinônimo de <<équo>> (*epieikès*); vale dizer, o équo está para uma qualidade humana que desborda dos limites daquilo que é simplesmente

172. *Eth. Nic.*, 1137 a, 31/33.

bom. Trata-se de uma excelência ainda maior do que aquela já contida no conceito do que é bom.

Assim, deita-se a investigação sobre os aspectos essenciais de ambos os termos para que deles se extraia a resposta necessária à satisfação do *dubito* ora relevado. Como verdadeira *aporia* – Aristóteles se refere ao problema como a uma *aporían óti tò epieikès díkaion*, como em 1137 b, 11/12 –, faz-se do questionamento um instrumento para o alcance da verdade. Para que se prossiga no exame da realidade do que é équo, é mister que se tenha presente também aquilo que é justo, pois com as distinções delineadas ter-se-ão por solidificadas as explicações a respeito da temática.[173]

O équo, sendo melhor que uma forma de justo – e aqui se percebe nitidamente qual a estrita relação existente entre o équo e uma forma específica de justo, o justo legal –, não deixa de ser justo; porém, não simplesmente pelo fato de constituir um gênero diferente representa algo a mais que o justo. Em verdade, são a mesma coisa o justo e o équo (*tautòn ára díkaion kai epieikès*), de maneira que, assim sendo, o équo é melhor e mais desejável que o justo.[174] Se équo e justo se equivalem, nesta medida, e da forma indicada segundo o gênero, não é verdade que o équo seja o justo segundo a lei (*ou tò katà nómon dé*), de acordo com o que está consignado no corpo legislativo e foi posto pela vontade humana como vinculativo da conduta social, mas sim um corretivo do justo legal (*epanothoma nomímou díkaion*). A necessidade da aplicação da eqüidade decorre do fato de que as leis dizem genericamente e para todos, sem diferenciar todas as nuanças que possam existir na esfera dos fenômenos, de modo que surgem casos para os quais, se aplicada a lei (*nómos*) em sua generalidade (*kathólou*), estar-se-á a causar uma injustiça por meio do próprio justo legal. Exatamente para superar os problemas decorrentes da impossibilidade de haver uma legislação minimamente detalhista e futurista é que existe o équo. Se a lei é, neste ponto e para estes fins,

173. É no livro VII da *Ethica Nicomachea*, mais precisamente em 1154 a, 22/26, que Aristóteles explicita esta perspectiva da argumentação dizendo que não basta que se exponham a verdade e o verdadeiro, sendo necessário que se coloque em xeque também a perspectiva da erronia e as diferenças que existem entre um e outro dos conceitos. Através do conhecimento do falso, maior se torna a convicção em torno do verdadeiro.

174. τὸ τὲ γὰρ ἐπιεικὲς δικαίου τινὸς ὂν βέλτιόν ἐστι δίκαιον, καὶ οὐχ ὡς ἄλλο τι γένος ὂν βέλτιόν ἐστι τοῦ δικαίου· ταὐτὸν ἄρα δίκαιον καὶ ἐπιεικὲς, καὶ ἀμφοῖν σπουδαίων ὄντοιν κρεῖττον τὸ ἐπιεικές (*Eth. Nic.*, 1137 b, 8/11).

falha, isto não se deve nem ao conteúdo da lei em si, nem ao legislador;[175] não se trata de um erro legislativo, mas, sim, de um problema oriundo da própria peculiar conformação das coisas como são praticamente. Cada caso é um caso e demanda uma atenção especial e específica, absolutamente focalizada sobre os seus traços e as suas características, de modo que nenhuma legislação poder-se-ia aplicar a esta dimensão dos fatos.

O problema legislativo que com maior freqüência ocorre é causado pela abstração e universalidade do preceito legal. De fato, a lei escrita é um imperativo que se formula impessoalmente abarcando sob sua tutela a pluralidade de cidadãos aos quais se dirige e a multiplicidade de casos que surgem na vida concreta da πόλις. Lacunas aparecem em todo sistema legislativo escrito,[176] e estas podem existir por vontade do legislador de que existam, ou mesmo contra a vontade deste. Assim, contra a sua vontade existirão "quando um fato lhe passa despercebido", e por vontade do legislador, "quando, não podendo precisar tudo, eles têm de estatuir princípios gerais que não são aplicáveis sempre, mas só as mais das vezes" (*Rhet.*, I, 1375 b).

Neste sentido, aplicar a eqüidade (*epieíkeia*) significa agir de modo a complementar o caso que se apresenta *hic et nunc* de modo que, assim o fazendo, está-se a agir como o faria o próprio legislador se presente estivesse. O sujeito, aqui, sub-roga-se na própria posição do legislador que opera com a generalidade dos casos, fazendo-se um legislador para o caso individual marginal a qualquer ditame legal;[177] é na ausência da lei que a eqüidade guarda a sua utilidade maior, sobretudo complementando, particularizando e respondendo pelo que quedou imprevisto.[178]

175. τὸ γὰρ ἁμάρτημα οὐχ ἐν τῷ νόμῳ οὐδ' ἐν τῷ νομοθέτῃ ἀλλ' ἐν τῇ φύσει τοῦ πράγματός ἐστιν (*Eth. Nic.*, 1137 b, 17/19).

176. *"Platon a bien compris la nécessité d'interpréter les lois écrites, dont il souligne les imperfections en des termes dont Aristote se souviendra; mais il ne peut qu'évoquer l'image d'une cité que dirigerait la sagesse et qui n'aurait nul besoin de lois; cette cité n'existe pas, il le sait, et il se soumet à la nécessité de la réglementation et des lois imparfaites; l'equité sera élément étranger au droit, l'indulgence, qui viendra corriger ce que les lois ont de trop absolu [...]"* (Gauthier-Jolif, *op. cit.*, tome II, p. 432).

177. ὃ ᾽ κἂν ὁ νομοθέτης αὐτὸς ἂν εἰπὼν ἐκεῖ παρὼν, καὶ εἰ ἤδει, ἐνομόθετησεν (*Eth. Nic.*, 1137 b, 22/24).

178. *"Elle (l'équité) s'élève au-dessus de tel ou de tel droit positif, parce qu'elle est le droit selon la saine raison et selon la nature; elle peut être contre la loi, ou en dehors de la loi, elle n'est jamais contre le vrai droit, et, en corrigeant la loi, elle est la perfection du droit même et du juste"* (Léon Ollé-Laprune, *op. cit.*, ps. 36 e 37).

Não sendo algo diferente do justo, uma vez que a justiça e a eqüidade são coincidentes materialmente, deve-se ter presente que o eqüitativo é melhor que o justo não tomado em seu sentido absoluto, mas no sentido que lhe é dado quando referente à parte da justiça política atinente à lei.[179] A eqüidade é a medida corretiva da justiça legal quando esta engendra a injustiça pela generalidade de seus preceitos normativos.[180] Encontra aplicação, também, quando se faz obsoleta a lei pela alterabilidade constante a que estão sujeitas as circunstâncias fáticas que passam a contradizer o que está cristalizado na legislação. O justo legal é estanque, enquanto a realidade da *práxis* é, por essência, mutante. Para ambas as situações deve-se fazer uso da eqüidade, o que, traduzido em termos práticos, significa "ter em conta não a letra da lei, mas a intenção do legislador; não a parte, mas o todo" (*Rhet.*, I, 1376 b/1377 a).

Assim como a necessidade de aplicação da eqüidade surge a partir da singularidade dos casos concretos, é exatamente no julgamento dos mesmos que dela deve lançar mão o julgador (*dikastés*). O julgador que se faz legislador no caso concreto é um homem équo (*o epieikés*), neste sentido. A prudência de seu reto juízo[181] – novamente a aplicação do *orthós lógos* se releva como sendo um critério para o aperfeiçoamento ético até mesmo da própria *dikaiosyne* – permite-lhe discernir que uma mecânica subsunção do fato à norma criaria uma situação de injustiça para aquele que é parte em um processo público. Recorre-se, portanto, a um critério de abrandamento da rigidez legislativa perquirindo-se a *mens legis*, assim como a *mens legislatoris*, fazendo-se o julgador como se o próprio legislador fosse caso este estivesse diante da concretude casuística. O apelo à razão é o mesmo que o apelo à *physis* das coisas que se encontram em profunda mutação, diante da relativa estabilidade das leis.

179. *Eth. Nic.*, 1137 b, 5/20. Também Carlos Aurélio Mota de Souza afirma a respeito do tema: "A eqüidade foi tratada dentro de sua filosofia moral realista como idéia de igualdade e idéia de justiça natural" (*Evolução do conceito de eqüidade*, 1989, p. 18).

180. *Eth. Nic.*, 1137 b, 25.

181. Neste caso, o juiz atua como se médico fosse: "*En la dosificación de lo que cada individuo puede soportar es donde se conoce el verdadero médico. Este es el hombre que sabe aplicar certeramente la medida adecuada en cada caso*" (Jaeger, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, 1946, III, p. 30).

Nem sempre aquele que causou um mal o fez propositadamente em detrimento de outrem, ocorrendo circunstâncias em que a injustiça é praticada sem um conteúdo necessariamente intencional. Apesar de a lei punir severamente aquele que foi a causa eficiente de um mal, a eqüidade é recurso utilizável como critério de mensuração e adaptação da norma ao caso, para que da observância de uma estrita legalidade não se venha a ser mais arbitrário do que onde as leis não estão presentes. Não é outro o sentido de tal afirmação de Aristóteles: "Os atos que são perdoados são passíveis da eqüidade." Inadvertências, atos que escapam a toda previsibilidade humana e faltas, atos calculados, ou calculáveis, desprovidos de maldade, não devem ser punidos com o mesmo rigor com que o são os delitos e os atos de perversidade, o que enseja uma discriminação dos elementos psicológicos do agente, analisando-se "[...] não o estado atual do acusado, mas sua conduta constante ou sua conduta na maioria das circunstâncias" (*Rhet.*, I, 1376 b). Essa é uma forma de eqüidade aplicada pelo juiz na apreciação de um problema prático que se lhe apareça aos olhos. Além dessa forma judicial de aplicação da eqüidade, outra há comum a todo homem, cultivável como qualquer virtude e disposição do caráter.

Como algo superior a um tipo de justiça, à justiça legal (*díkaion nomimón*), e utilizada como corretivo da mesma (*epanorthoma nomímou díkaion*), a eqüidade também se origina na subjetividade como qualquer outra virtude (*areté*), ou seja, como uma disposição de caráter (*éxis*) cultivada pelo homem eqüitativo. Entendida como virtude, significa não só "lembrar-nos do bem, mais que do mal que nos foi feito, dos benefícios recebidos mais que dos não recebidos" nas relações, mas, também, "suportar a injustiça que nos fere, preferir resolver uma desavença amigavelmente a apresentar uma ação no tribunal; recorrer a uma arbitragem mais do que a um processo, porque o árbitro considera a eqüidade e o juiz a lei" (*Rhet.*, I, 1377 a). A essência do homem équo é definida da seguinte forma: a) capacidade de escolha e de ação com coisas équas; b) não ser rigoroso na justiça, quando esta é a pior solução; c) inclinar-se a ter menos mesmo quando a lei lhe é favorável em detrimento do outro.[182] Essa disposição cultivada pelo homem équo é a eqüidade (*epieikeia*). Tem-se que nas relações privadas a eqüidade representa a excelência da

182. *Eth. Nic.*, 1131 b, 34/1138 a, 2.

homem altruísta que, ao ter de recorrer ao império coativo da lei, prefere valer-se de técnicas de civilidade e virtuosismo que seguem os princípios próprios da moral que permeou a escola socrática.

Portanto, que coisa é o équo, e que coisa é o justo, com que espécie de justo existe uma relação de eqüidade por abrandamento e correção, está claro. Também claro está quem é homem équo (*o epieikès*) e em que situações atua.